



Association Romande des Intermédiaires Financiers

Rue de Rive 8 – CH-1204 Genève

Tél. 022 310 07 35 – Fax 022 310 07 39 – www.arif.ch - e-mail : info@arif.ch

TVA n° CHE-101.192.434

Loi sur les services financiers (LSFin)

Loi sur les établissements financiers (LEFin)

Prise de position de l'Association romande des Intermédiaires financiers (ARIF)

Mesdames, Messieurs,

L'ARIF, ASSOCIATION ROMANDE DES INTERMEDIAIRES FINANCIERS, vous exprime sa position relative aux deux projets de loi cités en référence. Nous joignons un résumé en annexe.

L'ARIF est un Organisme d'Autorégulation, créé en 1999 sous la forme d'une association de droit privé sans but lucratif, délégataire d'une tâche publique pour la prévention et la lutte contre le blanchiment de valeurs patrimoniales, telle que définie par la LBA.

En 2009, la FINMA a reconnu le Code de déontologie de l'ARIF pour une bonne pratique de la gestion de fortune indépendante.

Seul OAR pluridisciplinaire basé en Suisse romande, l'ARIF est indépendante de toute autre association professionnelle ou formation politique.

L'ARIF compte actuellement plus de 450 membres. Elle est ouverte à tous les intermédiaires financiers non bancaires exerçant leur activité en Suisse, notamment les gérants de fortune indépendants.

Systematique

Nous examinerons ci-après séparément :

- A. Des généralités touchant aux projets dans leur ensemble
- B. Les règles prudentielles énoncées par la LSFin
- C. Les règles régissant la définition et l'exercice de l'activité des intermédiaires financiers
- D. Les nouveaux organes qui seraient chargés de réguler (au sens large) et surveiller le marché financier et ses acteurs, et diverses règles nouvelles à caractère juridictionnel et procédural



A. Généralités

Nous regrettons la dispersion en trois lois (nous incluons les modifications substantielles de la LFINMA) des règles nouvelles applicables au marché des services financiers, à ses acteurs, et à ses autorités. La matière forme un tout. Sa division pose des problèmes de systématique, d'attribution de sujet de l'une à l'autre, de contradictions. Il serait préférable d'avoir une seule loi, qui couvre l'entier de la matière en chapitres distincts coordonnés.

B. Obligations prudentielles à l'égard de la clientèle

a) Cercle des personnes physiques assujetties

La principale nouveauté est la création d'un statut de « conseiller à la clientèle » dont la définition est cependant assez vague. Il manque à cette nouveauté un barème et un instrument d'évaluation des compétences professionnelles, sous forme d'un diplôme à délivrer par une institution reconnue, qui permette d'assurer la qualité constante des services financiers, et de désigner clairement au sein de l'entreprise les personnes habilitées à les fournir.

b) Services financiers assujettis

Une réflexion supplémentaire pourrait être conduite par le législateur sur l'assujettissement d'autres activités que celles traditionnellement désignées comme services financiers, mais très proches. Ainsi est-il du développement des monnaies virtuelles, des systèmes de transfert d'argent, ou des services de trustee, de fiducie et d'administration professionnelle de sociétés de domicile ; ces derniers s'apparentent, par de nombreux aspects, à de la gestion de fortune ou en tous cas à des services d'intermédiation financière (ils le sont déjà au titre de la LBA), dont la réglementation prudentielle est actuellement extrêmement faible voire inexistante en Suisse, amenant des pratiques indésirables à s'y réfugier.

c) Règles de conduite

D'une manière générale, les règles de conduites énoncées par la LFin correspondent aux règles d'une bonne pratique déjà admises dans les professions des services financiers, et codifiées notamment par les règles cadres édictées par la FINMA, et les codes de déontologie applicables aux gérants de fortunes indépendants élaborés par diverses organisations professionnelles et de régulation, dont l'ARIF. N'ayant jusqu'ici pas de force obligatoire pour toutes les catégories d'intermédiaire financiers, il est une bonne chose que ces règles l'acquière.

Une nouvelle obligation nous semble cependant devoir être combattue, curieusement énoncée dans la LFin, qui impose aux intermédiaires financiers de participer désormais activement à la surveillance fiscale de leurs clients, suisses et étrangers.

Il est douteux tout d'abord qu'une telle norme ait sa place dans le corpus juridique consacré aux services financiers, même si elle concerne les relations avec la clientèle. Sa place est bien plutôt dans les dispositions du droit pénal administratif ou dans

celles de la LBA (étant rappelée que celle-ci fait l'objet actuellement d'une révision tendant à criminaliser les graves infractions fiscales, de sorte à ce qu'elles deviennent un préalable au blanchiment d'argent).

Ce sont surtout des objections de fond qu'on peut opposer à l'ambition de faire des intermédiaires financiers suisses, bancaires et non bancaires, des agents des fiscs suisses et surtout étrangers.

Cette ambition va naturellement à l'opposé du souhait de maintenir en Suisse une place financière participant activement à la prospérité de notre pays. Il est certain qu'une grande partie de la clientèle privée, européenne mais aussi extra européenne, fuira désormais le système bancaire et financier helvétique, qui apparaîtra comme un piège fiscal.

Même pour les clients non concernés, la lourdeur des contrôles à effectuer chaque année pour vérifier la pureté fiscale de leurs avoirs déposés en Suisse fera migrer la plupart vers d'autres places financières moins tatillonnes.

Par ailleurs, la complexité du droit fiscal, et spécialement du droit fiscal étranger, qui connaît souvent des formes d'impositions totalement inconnues en Suisse, fera peser sur les intermédiaires financiers suisses une responsabilité énorme, alors même qu'ils n'ont aucune formation adéquate à cet effet, et qu'il n'existe même pas au niveau fédéral, de base de données juridiques exploitable en matière transfrontière.

Il sera commercialement impossible d'exiger des clients privés qu'ils fournissent un avis de droit d'un spécialiste fiscal de leur pays de résidence, sans compter qu'un même client peut être assujéti fiscalement dans plusieurs pays, selon des régimes différents.

Pour éviter de paralyser complètement leurs activités commerciales, les intermédiaires financiers n'auront d'autres possibilité que de procéder à des contrôles formels et rhétoriques, d'ailleurs vite obsolètes, car la situation fiscale d'un client peut évoluer très rapidement.

Le résultat sera encore plus désastreux pour l'intermédiation financière liée aux opérations du commerce international : chaque transaction, chaque leasing, chaque crédit documentaire, chaque prêt, chaque fusion, chaque achat ou chaque vente internationale peuvent avoir une conséquence fiscale ; l'intermédiaire financier, pour satisfaire à ses nouvelles obligations prudentielles, devra analyser en détail le sous-jacent commercial de chaque opération à laquelle il participera, ce qui ralentira très considérablement son exécution, et provoquera des blocages inextricables.

Là encore, il est prévisible qu'une grande partie du commerce international qui recourt actuellement à l'intermédiation financière en Suisse partira dans d'autres juridictions.

Au bout du compte, si l'on arrive peut-être un jour à une taxation parfaite de tout ce qui doit l'être, il y a fort à craindre qu'il n'y aura plus grand-chose à taxer, du moins en faveur des caisses publiques suisses fédérales et cantonales.

C. Définition et exercice de l'activité de l'intermédiaire financier

La principale nouveauté dans ce domaine, prévue dans la LEFin, soumet désormais à autorisation toutes les catégories de prestataires de services financiers traditionnels, et en particulier les gérants de fortunes indépendants (désormais qualifiés de gestionnaires de fortune). Ils ne l'étaient jusqu'ici que sous l'angle de la LBA, mais pas à titre prudentiel, et de la LPCC, mais seulement s'ils se mêlaient de placements collectifs.

C'est assurément une bonne chose pour les gérants de fortunes indépendants qui constituent, on l'oublie trop souvent, le terreau fertile de la gestion privée en Suisse – même si la perpétuité de cette activité en Suisse serait fortement hypothéquée par l'obligation pour ces professionnels de se muer en inspecteurs du fisc.

Nous approuvons également le projet d'assimiler aux gestionnaires de fortunes les conseillers en placement, du fait de l'influence qu'ils peuvent avoir sur les marchés financiers, même si elle ne peut s'exercer que par le truchement d'un autre intermédiaire financier. Cette particularité nécessitera cependant qu'un régime différencié leur soit appliqué.

La définition des autres catégories de prestataires de services financiers n'appelle pas beaucoup d'autres commentaires, dès lors qu'elle correspond à des catégories déjà bien connues, sous d'autres noms (les actuels gestionnaires de placement collectif devenant gestionnaires de fortune qualifiés, les négociants en valeurs mobilières devenant « maison de titres », les banques restant des banques), avec cependant l'introduction prévue d'une nouvelle catégorie, celle des banques d'importance systémique, ce qui codifie plus fermement l'approche pratique déjà adoptée par la FINMA à l'égard de tels établissements.

Un point crucial manque cependant au régime qu'il est prévu d'imposer aux établissements d'importance systémique: la division obligatoire entre banque d'affaire et banque de dépôt, dont on sait que l'abolition aux États-Unis est une des causes majeures de l'effondrement du système bancaire américain, qui a affecté l'entier de l'économie mondiale en 2008.

Parmi les obligations faites aux gérants de fortune indépendants pour l'exercice de leur activité, une nouveauté à signaler est l'obligation de disposer d'une assurance responsabilité civile.

S'étant interrogée depuis longtemps sur l'opportunité d'encourager auprès de ses membres la conclusion de telles assurances, l'ARIF a procédé à un examen très approfondi de l'offre des assureurs opérant en Suisse, et a constaté que la couverture d'assurance qu'ils offrent n'est pas entièrement satisfaisante.

On ne saurait en vouloir aux assureurs de minimiser leurs risques, mais certains contrats d'assurances ouverts à la souscription sur le marché n'offrent en réalité que l'ombre d'une couverture, dans des cas qui n'arrivent jamais ou très rarement, et s'efforcent d'exclure les vrais risques.

Or, au-delà de la protection personnelle des prestataires de services financiers, le devoir du législateur est d'assurer cette protection au marché, c'est à dire aussi aux clients.

À défaut d'une couverture d'assurance efficace, couvrant en particulier les actes frauduleux intentionnels des prestataires de services financiers, les clients n'auront aucun recours vis-à-vis de l'assureur, et se trouveront la plupart du temps face à un prestataire de services financiers insolvable, et en prison.

L'ARIF est donc d'avis qu'un élément supplémentaire très important de la nouvelle législation sur les marchés financiers doit consister dans la définition par la loi d'un régime d'assurance efficace, protégeant essentiellement les clients, et pas seulement les prestataires de services, avec des dispositions analogues à celles de la responsabilité civile automobile, par exemple, le recours direct du client auprès de l'assureur, l'institution d'un assureur supplétif en cas de défaut d'assurance du prestataire (notamment pour non-paiement de ses primes).

Plus encore, l'ARIF est d'avis qu'une protection véritable des clients doit se fonder aussi sur la création d'un fond d'indemnisation, alimenté par les cotisations de la totalité des prestataires de services financiers en Suisse, à l'image du fonds de garantie des dépôts en matière bancaire.

Ceci serait sans doute une avancée bien plus utile et spectaculaire que toutes les autres, qui renforcerait considérablement la confiance du public, et placerait la Suisse dans une position concurrentielle avantageuse.

D. Nouveaux organes, nouvelles juridictions et nouvelles procédures

Le chapitre sur lequel le projet de loi envisage les plus grands bouleversements, touche aux structures, juridictions et procédures en matière de régulation et de surveillance des marchés financiers.

Il convient de rappeler ici brièvement que cette régulation et cette surveillance reposent actuellement sur deux piliers :

1. La FINMA, qui régule, directement ou indirectement, tous les acteurs du marché financier, et en assure, directement et indirectement la surveillance.
2. Les organismes d'autorégulations, surveillés par la FINMA, auxquels la loi délègue la régulation des détails et la surveillance des intermédiaires financiers non bancaires en matière LBA. À cette tâche historique s'est ajoutée, depuis la dernière révision de la LPCC, celle d'établir des codes de conduite (dénommé, pour l'ARIF, Code de Déontologie), et d'en surveiller l'application, auprès des gérants de fortune indépendants actifs dans le domaine des placements collectifs, ou y ayant adhéré volontairement.

Concernant les OAR, il est à noter que l'étiquette : « d'autorégulation » dont ils ont été affublés à leur création ne reflète pas la réalité, et a beaucoup nuit à leur image de marque, particulièrement à l'étranger.

Les OAR ne sont aucunement des électrons libres qui surveilleraient leurs affiliés plus ou moins à la tête du client et avec connivence, mais de vraies autorités administratives (statut qui leur a été reconnu par le Tribunal Fédéral), appliquant strictement une

réglementation, de manière conforme aux exigences de la loi et de la FINMA, et étroitement contrôlés et surveillés par celle-ci.

La seule part d'autonomie des OAR est limitée à leur organisation juridique, pour la plupart sous forme d'association de droit civil. Les droits sociaux des affiliés sont cependant limités à des aspects qui ne touchent pas à l'application de la loi, à savoir l'élection des membres de leur direction, dont les noms doivent d'ailleurs avoir été approuvés par la FINMA, l'acceptation des comptes, et les grandes décisions stratégiques du développement de l'association. Tous les autres aspects, (cotisation, affiliation, sanction, exclusion, etc.) relèvent exclusivement du Comité directeur de chaque OAR.

Les conditions d'affiliation et de sanction, le règlement d'application de la LBA et toutes les directives en découlant, sont soumises à l'approbation, voire à la dictée de la FINMA, qui est également informée immédiatement de toutes procédures disciplinaires ou mutations concernant les membres.

Ce cadre juridique ne permet aucune divagation, et constitue de fait une régulation étatique, déléguée à des organismes de droit privé, et non une « autorégulation ».

Il existe actuellement douze OAR, certains voués exclusivement à une branche particulière d'intermédiation financière (gestion de fortune, leasing, CFF, notamment); d'autres sont ouverts à toutes catégories d'intermédiaires financiers non bancaires. Ils sont implantés localement dans les principales régions géographiques et linguistiques du pays, avec des bureaux respectivement à Zurich, Berne, Genève, Neuchâtel et Lugano, chacun ayant son aire de préférence, mais sans discrimination à l'égard des affiliés situés dans d'autres régions. Ils sont tous quadrilingues, y inclus l'anglais. Ils disposent d'outils informatiques performants qu'ils ont développés au fur et à mesure de leurs besoins, tout en les rendant complètement compatibles avec les exigences documentaires de la FINMA.

Ce système a très bien fonctionné depuis quinze ans. Les OAR disposent de locaux sécurisés, ont recruté un personnel de haut niveau, disposent de réserves financières importantes (un an de frais de fonctionnement), et assument seuls leurs charges, sans aides financières de l'État; bien au contraire, ils contribuent au budget de la FINMA par le biais d'une taxe OAR, couvrant l'intégralité des frais de la surveillance exercée sur eux.

Les OAR ont développé des programmes de formation très complets et très fréquentés pour parfaire les connaissances de leurs affiliés quant aux normes que leur personnel doit respecter.

En quinze ans d'existence, aucun reproche fondé ni aucun dysfonctionnement, même mineur, n'a jamais été constaté les concernant. Bien au contraire, leur proximité géographique avec les membres et leur forme juridique a favorisé une acceptation rapide et complète par leurs affiliés des normes, souvent décriées à leur entrée en vigueur, dont la mise en œuvre leur a été confiée.

Cependant, dans l'entier du projet réparti en diverses lois (LSFIN, LEFIN et LFINMA), le rôle dévolu aux OAR est quasiment absent, comme s'ils n'existaient pas ou étaient appelés à disparaître!

Le projet de loi prévoit par contre d'instituer toute une cohorte de nouvelles institutions, juridictions et autorités, et des règles particulières de procédure pour leur activité. Nous les passerons ci-après en revue:

a) Organisme d'enregistrement des conseillers à la clientèle

Le projet de loi prévoit de créer un organisme d'enregistrement des conseillers à la clientèle, qui seraient ainsi patentés pour exercer. Le projet ne précise cependant pas qui serait chargé de constituer de tels organes, s'il y en aurait un ou plusieurs, et sous quelles conditions la patente serait délivrée. Il serait souhaitable qu'un véritable système de diplômes reconnus soit institué, sur la base d'une formation standardisée.

Il est évident que ce rôle d'organe d'enregistrement et de formation doit être dévolu aux OAR existants. Ceux-ci ont tout d'abord une connaissance complète et des dossiers déjà entièrement et soigneusement constitués sur toutes les personnes physiques assujetties à la LBA qui leurs sont affiliées, soit, si on excepte les intermédiaires financiers actuellement affiliés directement autorisés par la FINMA (les DUFI, dont le projet prévoit la disparition), toutes les personnes physiques du secteur non bancaire actives dans le domaine des services financiers.

Les OAR ont d'ores et déjà mis sur pied à destination de ces personnes des programmes et des cursus de formation obligatoires, qui pourraient être standardisés sur la base de règles cadres à poser par la FINMA, et qui pourraient être sanctionnées par un examen et un diplôme.

Leur expérience plus que décennale a d'ores et déjà fourni aux OAR tous les moyens matériels pour organiser ce genre de formation, que ce soit professeurs et conférenciers, lieux de cours, moyens d'organisation, etc..

Il convient donc que le projet de loi soit redéfini pour attribuer clairement cette tâche aux OAR existants, moyennant des règles cadres posées par la FINMA.

b) Organe de contrôle des prospectus

Actuellement, le contrôle des prospectus en matière de placements collectifs et d'instrument financier complexes est un rôle dévolu principalement à la FINMA.

Il existe cependant déjà deux organismes privés, la Swiss Funds & Asset Management Association, et la Swiss Futures and Options Association, constitués par les professionnels de ces branches d'activité, bancaires et non bancaires, qui disposent de moyens financiers considérables, entièrement fournis par leurs membres, et qui établissent et continuent de perfectionner la modélisation et la construction des instruments des placements collectifs ou complexes. La tâche nouvelle prévue par le projet de loi leur est tout naturellement dévolue, sous une surveillance stricte par la FINMA, que celle-ci définira.

c) Organe de médiation

Le projet de loi prévoit, dans la LFin, la création d'un organisme de médiation voué à tenter de réduire les litiges entre les intermédiaires financiers et leurs clients, et à présenter des "propositions d'arbitrage".

L'expérience des professionnels du droit montre que l'institution de tels organes de médiation n'est pas très concluante, si ce n'est par épuisement des parties avant même qu'elles n'aient saisi une juridiction. Si c'est cela le but de la loi, il n'est pas louable.

De plus, le projet prévoit que les propositions de médiation faites par cet organisme ne seraient pas couvertes par les réserves d'usage. Ce système, inspiré du droit des baux et loyers, serait à notre sens improductif, car il dissuaderait les parties de prendre le risque qu'une telle proposition, élaborée dans un cadre sommaire, scelle le destin de leur cause.

L'institution d'un tel organe de médiation serait coûteuse, en particulier pour les intermédiaires financiers qui devraient en financer la création et le fonctionnement par le biais de cotisations obligatoires, sans avoir le moindre contrôle sur l'auto-développement d'une telle institution, ses méthodes, son fonctionnement, ses organes.

Si une telle institution nouvelle devait être créée, il conviendrait alors d'en confier la tâche d'organisation aux OAR, dans leur aire géographique et linguistique de préférence. Le cadre structurel des OAR serait au moins de nature à prévenir les dérapages en matière de coûts, qui seraient intégrés dans la cotisation déjà perçue auprès de leurs affiliés.

De par leur expérience, leur personnel, leur implantation locale, leur connaissance des prestataires de service, juristes spécialisés, juges en disponibilité, etc., les OAR seraient également à même de mettre sur pied de tels organismes de médiation de la manière la plus efficace.

d) Tribunal arbitral

Une autre institution nouvelle prévue par la LSFIn, à savoir l'institution de tribunaux arbitraux permanents, appelés à traiter tous les litiges en matière de services financiers, dont ils seraient saisis par le client ou le prestataire, nous apparaît devoir être débattue.

L'expérience des professionnels du droit montre qu'au-delà des arguments publicitaires, les tribunaux arbitraux ne sont ni moins chers, ni plus rapides, ni plus équitables que les juridictions civiles ordinaires, en tout cas dans un pays où celles-ci fonctionnent bien, comme la Suisse. C'est d'ailleurs pourquoi l'arbitrage interne soumis au concordat inter-cantonal sur l'arbitrage n'a jamais fait florès.

L'arbitrage n'est un outil de résolution des litiges vraiment adapté qu'aux causes portant sur de très importantes valeurs litigieuses, et possédant un caractère transnational marqué, du fait de l'application de droits étrangers entre parties domiciliées dans des juridictions en lesquelles elles n'ont pas confiance.

Un autre domaine où l'arbitrage s'est utilement développé est celui des juridictions spécialisées dans des litiges à caractère technique, par exemple dans le domaine du négoce de grains, ou du sport, ou du droit maritime, où l'on attend d'abord des arbitres une connaissance des us et coutumes professionnels internationaux, avant

même une compétence proprement juridique. Les tribunaux arbitraux permanents créés sous de tels auspices jugent cependant essentiellement des litiges entre professionnels.

Le domaine des services financiers ne possède pas de telles caractéristiques.

Le prestataire de services financier sera presque toujours suisse et en Suisse, dans le cadre d'un contrat soumis au droit suisse et à un for en Suisse ; les litiges du domaine des services financiers entre prestataires et clients relèvent rarement de connaissances hautement spécialisées, mais plutôt de notions de droit commun, droit du mandat, mise en œuvre des principes généraux du droit des obligations, etc. dans lequel les juges ordinaires possèdent déjà une connaissance spécialisée la plus approfondie qui soit. De plus, on ne s'improvise pas juge ou arbitre : la bonne conduite d'une procédure est essentielle. Là encore, on ne saurait trouver meilleurs praticiens que les juges titulaires des chambres commerciales, existantes ou à créer, dotés de greffes professionnels.

Enfin, c'est un vieux réflexe helvétique que de se méfier d'être distrait de son juge naturel. En l'espèce, l'institution d'un tribunal arbitral permanent du secteur financier, dont les arrêts ne seraient susceptibles d'aucun retour effectif (étant rappelé que le recours au Tribunal fédéral en matière d'arbitrage n'est que très rarement recevable) conduirait au développement d'une jurisprudence arbitrale autonome, indépendante de celle des juridictions ordinaires, voir même contradictoire avec les jurisprudences du Tribunal fédéral.

Selon que la jurisprudence d'une des filières juridictionnelles leur serait plus favorable, les parties ne manqueraient pas de s'empressement de saisir l'une ou l'autre. À cela s'ajoute les problèmes récurrents, et toujours insolubles de l'arbitrage, notamment le refus des parties de faire l'avance de sa part des frais, etc..

Sur ce problème des frais, le projet de loi énonce ce que nous estimons être une monstruosité, à savoir que la procédure serait gratuite, ou quasiment gratuite, pour le client privé. On voit bien qu'elle incitation il y aurait au développement des litiges en matière financière. Cette aberration serait encore aggravée par la création prévue d'un fonds d'avance des frais auquel, après une procédure sommaire du style « assistance judiciaire gratuite », les clients pourraient faire appel pour financer leurs avocats.

Autant dire que les intermédiaires financiers, qui devront alimenter ce fonds par des cotisations obligatoires, vont payer des verges pour se faire battre, et que les plaideurs du monde entier vont se précipiter vers ce nouvel eldorado judiciaire, et chercher le moindre lien de rattachement avec une activité d'intermédiaire financier en Suisse pour venir plaider à bon compte en Suisse.

Se pose aussi le problème de la confidentialité ou de la publicité faite aux arrêts rendu par cette juridiction arbitrale, tout autant que le rôle dévolu au Département fédéral des finances pour la tenue du fonds d'avance des frais.

Pour toutes ces raisons, l'ARIF s'oppose fermement à l'institution d'un tel Tribunal arbitral permanent et encore plus au projet d'un fond de financement des procès,

étant rappelé qu'il reste loisible à toute partie à un rapport contractuel de prévoir un for et une juridiction arbitrale dans les conditions ordinaires du droit, si elle le désire.

Dans l'hypothèse où le législateur tiendrait absolument à établir un Tribunal arbitral permanent, il conviendrait en tous cas que la tâche de le constituer soit dévolue aux institutions établies qui fournissent déjà cette prestation, dont les plus reconnues en Suisse sont celles ayant institué le Règlement suisse d'arbitrage des chambres de commerce et d'industrie, présentes dans les principales régions géographiques du pays. Au moins ces institutions ont elles les compétences et les moyens pour fonctionner comme telles.

e) Renversement du fardeau de la preuve

En marge des nouveautés proposées par le projet en matière de litiges entre les prestataires de services financiers et leur clientèle, figure une clause tendant à renverser le fardeau de la preuve en matière de respect des obligations d'information et d'explication, au détriment des intermédiaires financiers. Il n'est pas besoin d'être grand juriste pour mesurer qu'elles en seraient les conséquences. L'intermédiaire financier sera à la merci de l'exploitation de mauvaise foi par le client de toute carence probatoire. Nous exprimons notre total rejet d'une telle proposition, à l'instar de celle que nous avons exprimé à propos du fond d'avance des frais judiciaires.

f) Actions collectives et transactions de groupe

L'expérience ne manque pourtant pas, dont la Suisse a fait les frais (aussi bien dans la poche du contribuable que de celui des banques suisses) pour savoir combien « les class actions », inspirées du droit des États-Unis, peuvent avoir des conséquences désastreuses pour l'économie, et n'enrichissent en fin de compte que les grands cabinets d'avocat internationaux spécialisés dans cette branche particulière.

L'existence de quelques cas plus ou moins récents (fonds en déshérence, affaire Madoff) ne justifie pas d'introduire une telle nouveauté dans le droit de procédure suisse, surtout dans le cadre extrêmement restreint de la LSFIn, sans une réflexion approfondie quant à l'opportunité, et aux conséquences qui pourraient en découler pour l'ensemble de l'ordre juridique suisse, car une fois la brèche faite, on ne voit pas pourquoi de telles « class actions » ne seraient pas bientôt étendues à l'entier des causes de litiges importants en Suisse (chimie, industrie pharmaceutique, outillage, produits industriels ou manufacturés, domaine médical, etc.).

La Suisse étant un petit pays, peu peuplé, contrairement aux États-Unis, de telles « class actions » ne seraient pas mises au profit des clients suisses, mais principalement au profit de plaideurs étrangers, récoltés sur l'entier de la planète par une publicité massive, principalement destinée à nuire pour faire transiger l'adversaire, publicité elle-même extrêmement délétère pour l'image de la place financière suisse. Là encore, ce serait vraiment payer des verges pour se faire battre.

g) Autorité de surveillance dans le secteur non bancaire

Pour les intermédiaires financiers bancaires et assimilés (banques, direction de fonds de placement, gestionnaires de placement collectifs, maisons de titre) déjà assujettis

par le passé à une surveillance prudentielle, l'autorité de surveillance reste la FINMA, dont c'est le rôle naturel.

Pour tous les autres intermédiaires financiers nouvellement assujettis à une surveillance prudentielle, particulièrement les gérants de fortunes indépendants, le projet de loi prévoit par contre de créer une nouvelle « autorité de surveillance ».

Avec un jota, le projet prévoit même qu'il pourrait y en avoir plusieurs si le Conseil Fédéral le décidait.

On voit immédiatement que ce rôle de surveillance des gérants de fortune indépendants devrait tout naturellement être dévolu aux actuels OAR, sous une qualification nouvelle à leur donner, moyennant un encadrement adéquat par la FINMA et une réaffectation et une augmentation de leurs moyens structurels.

On a déjà dit amplement combien les OAR ont montré leur efficacité dans le domaine de la LBA, puis dans le domaine de la LPCC, pour s'occuper des gestionnaires de fortunes indépendants ; ils disposent déjà de structures bien en place, de personnels de haut niveau parfaitement formés, d'un cadre juridique et de moyens financiers solides et autonomes, etc..

Cependant le projet de loi ignore totalement les OAR et envisage la naissance d'un nouveau Léviathan, sous l'égide du Conseil Fédéral, et sous une forme juridique tout à fait inédite.

D'abord, on ne comprend pas pourquoi cette nouvelle autorité devrait être directement tributaire du Conseil fédéral, et non pas subordonnée à la FINMA, créant ainsi plusieurs autorités de rang égales, la FINMA et la nouvelle autorité de surveillance, alors même que la création de la FINMA visait justement à rassembler sous une seule et unique autorité toute la régulation et la surveillance des marchés et des prestataires de services financiers.

On voit immédiatement les risques de conflits de compétences, de divergences d'opinions, de doublons coûteux, de débauchage concurrent de personnel, qui pourraient se développer entre la FINMA et cette nouvelle autorité.

Plus encore, ce rôle et cette fonction seraient confiés à une entité à créer sous la forme d'une société anonyme du code des obligations, dont les actionnaires seraient choisis (par qui ?) « *de manière à refléter de manière appropriée la branche assujettie* ».

Rien n'indique ce qui permettrait de juger de cette "manière appropriée". Si, comme le veut le droit des sociétés commerciales, la participation est au marc le franc des actions détenues, et que celle-ci sont ouvertes à la souscription libre des professionnels assujettis, il est évident que les quelques plus riches pourront en acquérir la majorité du capital-actions, le reste à répartir entre « les nombreux autres » moins fortunés.

Si l'on confie à un tiers, par exemple au Conseil fédéral, le droit régalien de décider que tel ou tel intermédiaire financier pourrait acquérir tel pourcentage d'actions, on s'interroge sur les critères d'appréciation qui seraient retenus. Encore faudrait-il aussi

que cet heureux élu le veuille, et qu'il ait les fonds propres nécessaires, lors même qu'il s'agirait d'une grande entreprise. A l'inverse, un très petit, mais très riche, intermédiaire financier pourrait vouloir investir beaucoup, alors même qu'il représente peu à l'échelle du marché.

Le projet prévoit que les membres du conseil d'administration de cette société anonyme seraient choisis par son Assemblée générale, mais moyennant l'approbation du Conseil Fédéral. Là encore, on voit mal comment s'exerceront les luttes d'influence au sein de cette Assemblée générale. Y verra-t-on le parti des gérants de fortunes alémaniques contre le parti des gérants de fortune romands, le parti des petits gérants de fortune contre le parti des grands, le parti des conseillers en placements obligataires contre celui des conseillers en placements en actions ou en dérivés, etc.?

C'est sans compter les problèmes insolubles, d'ailleurs même pas envisagés par le projet de loi, quant à la transmission des parts sociales, leur succession, etc..

Il y a fort à parier qu'en définitive le Conseil fédéral tranchera, et que seront seuls choisis comme représentants les personnes qui auront le plus d'entrées ou d'influence dans les couloirs de l'administration fédérale, sans corrélation forcée avec l'importance de leur activité professionnelle.

Plus étrange encore est d'envisager la création de cette entité sous la forme d'une société anonyme qui, par nature, doit tendre à la préservation du capital, même s'il s'agit d'une société anonyme à but non économique.

Or il est évident qu'une telle obligation est peu conciliable avec le rôle d'une autorité administrative chargée de faire respecter strictement la loi dans le respect des règles et droits de procédures, et avec un coût minimal pour l'administré, principes cardinaux qui gouvernent l'activité administrative.

Le seul mode de création possible d'une telle autorité est à notre avis celui qui a présidé à la naissance des OAR, à savoir la génération spontanée, par le marché et par des hommes et femmes de bonne volonté, d'autorités de surveillance décentralisées, ayant une connaissance étroites des individus et des entreprises qu'elles surveillent, encadrées par la FINMA, sur le modèle des OAR actuels, qui pourraient parfaitement assumer cette tâche, et être rebaptisés et redéfinis comme « Autorités de surveillance régionales ou de branche ».

La meilleure forme juridique envisageable reste celle de l'association sans but lucratif du Code civil, qu'ont d'ailleurs choisie les OAR lorsqu'ils furent créés, et qu'ont aussi adopté la quasi-totalité des organismes qui s'occupent en Suisse de la déontologie de leurs membres (Ordres des avocats, Association suisse des banquiers, Swiss Fund Association, etc.).

Pour assurer l'égalité de traitement entre les divers administrés, le mode de fonctionnement actuel des OAR pourrait être recadré, notamment quant au prix pour lequel ils fournissent leurs prestations.

Pour ces raisons, l'ARIF s'oppose fermement au projet d'institution d'une nouvelle autorité de surveillance des gérants de fortune indépendants sous l'égide du Conseil fédéral et sous la forme d'une société anonyme, et demande à ce que le projet soit amendé dans le sens des considérants qui précèdent, en respectant l'existence des OAR et la dévolution naturelle qu'ils ont à accomplir les nouvelles tâches institués par la loi pour la régulation et la surveillance des intermédiaires financiers non bancaire, en particulier des gérants de fortune indépendants.

En vous remerciant de l'attention que vous voudrez bien porter à la présente, nous vous adressons, Mesdames, Messieurs, l'assurance de notre respectueuse considération.

Genève, le 23 septembre 2014

Pour le Comité de l'ARIF :

Julien Blanc

Raphaël Treuillaud

Contacts :

ARIF, 8 rue de Rive, 1204 Genève

M. Julien Blanc, Président du Comité

M. Raphaël Treuillaud, Président de la commission de surveillance

M. Norberto Birchler, Directeur